

Corrupção Privada

Proposta voltada à sua tipificação

(Ação n. 5 de 2018 da ENCCLA)



Curitiba

2018



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná



Coordenação Geral

Cláudio Rubino Zuan Esteves
(Procurador de Justiça/MPPR)

Coordenação do Estudo

Alexey Choi Caruncho
(Promotor de Justiça/MPPR)

Revisão do Estudo

André Tiago Pasternak Glitz (Promotor de Justiça/MPPR)

Raquel Juliana Fülle (Promotora de Justiça/MPPR)

Apoio Técnico

Donizete de Arruda Gordiano
(Assessor de Promotoria/MPPR)

APRESENTAÇÃO

A partir do segundo semestre de 2016, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais do Ministério Público do Estado do Paraná (CAOPCrim) traçou como uma das iniciativas de seus consecutivos Planos Setoriais de Ação aquela voltada ao acompanhamento das atividades da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)¹.

Desde então, a Equipe do CAOPCrim vem monitorando de forma contínua o impacto das Ações de natureza criminal da ENCCLA, procurando sempre que possível se fazer presente nas referidas reuniões e – atenta aos limites dos reflexos estaduais que estas iniciativas possuam – atuar com o propósito de contribuir nas discussões e nos estudos da temática envolvida.

Neste sentido, o presente material figura com mais um reflexo desta atividade. Com efeito, a partir do quanto deliberado na 1ª Reunião de Trabalho referente à Ação n. 5 de 2018, ocorrida em 13 de junho de 2018, nossa Equipe procurou pontuar algumas iniciais e breves considerações a respeito da tipificação da chamada “corrupção privada”. Uma figura delitiva já existente em ordenamentos estrangeiros que, no Brasil, ainda apresenta-se como um indiferente penal.

Assevera-se tratar-se de material essencialmente introdutório, que tem o propósito de procurar apresentar algumas problematizações e cautelas que a tipificação em questão demanda. Ainda assim, espera-se que o texto possa servir para trazer à luz alguns aspectos a serem observados ao longo dos debates do processo político criminal oportunamente deflagrado no espaço da ENCCLA.

Curitiba, 13 de Abril de 2018

**Equipe do Centro de Apoio Operacional das
Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais do
Ministério Público do Estado do Paraná**

1 Neste sentido, confira-se as iniciativas 8.1 do Plano de 2016, 3.4 do Plano de 2017 e 5.2 do Plano de 2018. Todos disponíveis em www.criminal.mppr.mp.br.

QUADRO COMPARATIVO DE REDAÇÕES PROPOSTAS PARA TIPIFICAÇÃO DA CORRUPÇÃO PRIVADA

PLS nº 236/2012	PLS nº 455/2016	ENCCLAÇÃO n.º 06/2011
<p>Art. 167 Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições:</p> <p>Pena – prisão, de um a quatro anos.</p> <p>Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida.</p>	<p>Art. 196-A. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, o diretor o administrador, o membro de conselho ou de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto, o representante ou o empregado da empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições.</p> <p>Pena – reclusão, de um a quatro anos, ou multa.</p> <p>Parágrafo único: Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, a vantagem indevida.</p>	<p>Art. 177-A. Comete crime de suborno aquele que:</p> <p>I - Oferece, promete ou concede, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente de pessoa jurídica de direito privado, nacional ou estrangeira, a fim de que este proporcione benefício para si ou para outrem; ou</p> <p>II- recebe, solicita, exige ou aceita, direta ou indiretamente, vantagem indevida ou promessa de tal vantagem, na condição de agente de pessoa jurídica de direito privado, nacional ou estrangeira, para proporcionar benefício para si ou para outrem.</p> <p>Pena – Reclusão de 2 a 12 anos, e multa.</p> <p>Parágrafo Único: Para efeitos do disposto neste artigo, considera-se agente o empregado, sócio, mandatário, preposto, diretor, administrador e representante de pessoa jurídica de direito privado, bem como aquele que a ela preste serviços sem vínculo de emprego, ainda que em decorrência de relação empregatícia com pessoa jurídica interposta.</p>

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESTRUTURA E ELEMENTARES DOS TIPOS SUGERIDOS

1. As propostas dos Projetos de Lei e da Estratégia Nacional

O *caput* do texto do **PLS 236/2012** pode ser analisado a partir de duas distintas vertentes.

Na primeira delas, descrevem-se as condutas passivas da corrupção privada elencando apenas duas figuras de sujeito ativo. Refere-se aos sujeitos que exigem, solicitam ou aceitam receber *vantagem indevida* para favorecer a si ou a terceiros. Em seguida, o mesmo tipo descreve o que aparentemente seria uma segunda modalidade de ação, consistente na conduta daquele que aceita promessa de *vantagem indevida*, a fim de realizar ou omitir *ato inerente às suas atribuições*.

Até onde se pode antever, no entanto, do modo como proposta, a redação abre flanco para:

- uma discussão afeta à interpretação de que *somente sobre aquela pessoa que efetivamente aceita* a promessa indevida é que incidirá o *especial fim de agir* consistente em “*realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições*”;
- uma discussão afeta à forte percepção de que somente para as duas primeiras modalidades do tipo de ação seria realmente exigido o intuito de “*favorecer a si ou a terceiros*”. A partir daí, uma tal estruturação pode levar a uma interpretação dúbia quanto à relação entre essas duas modalidades: se a hipótese seria de crime misto alternativo ou cumulativo;
- uma discussão afeta à previsão de que a conduta será típica sempre que o representante da empresa *realize ou se omita de (todo e qualquer) ato inerente às suas atribuições*². Esta amplitude, em certa medida, permitiria por exemplo que a entrega de uma vantagem a um empregado para deixar de cumprir *quaisquer que sejam as suas obrigações*, em tese, tipifique a conduta.

2 A amplitude deste tipo de previsão, no passado, foi vivenciada no cenário europeu, especialmente por ocasião da Ação Comum do Conselho 1998/742/JAI, de 22 de dezembro, bem como na Decisão Marco 2003/568/JAI, de 22 de julho

Por fim, em seu parágrafo único, o projeto demonstra haver optado pelo modelo de política pública no qual a *modalidade ativa* tem regramento mais limitado do que a *modalidade passiva*.

O **PLS 455/2016**, por sua vez, traz redação bastante semelhante ao primeiro texto analisado. Especifica melhor, porém, os *sujeitos ativos* do crime na modalidade passiva, deixando de fazer referência a eles na modalidade ativa.

No mais, repete a necessidade de se tratar de *vantagem indevida* e, novamente, fragmenta as hipóteses do *caput* em duas modalidades de ação, o que pode gerar as dificuldades já apontadas.

Em ambos os casos a pena prevista seria de um a quatro anos, dando ensejo ao alcance objetivo do instituto da suspensão condicional do processo.

Por fim, quanto à proposta de texto elaborada pela **Ação 06/2011 – ENCCLA**, verifica-se ter ela uma estrutura relativamente distinta que, por isto, merece uma maior análise. Com efeito, esta proposta opta pela adoção de *nomen juris* distinto, expressamente fazendo uso da expressão “suborno”.

Verifica-se, ademais, a persistência da exigência de que a vantagem negociada seja *indevida*, bem como que o ato se dê a *fim de proporcionar benefício para o autor ou para terceiro*. Esta modificação faz com que:

- ao contrário da estrutura dos PLS's, reste afastada a subdivisão em duas modalidades de ação dentro da *figura passiva*, dando mais clareza ao tipo penal;
- deixa de exigir e relacionar o *especial fim de agir* de realização/omissão de *ato inerente às suas funções*. Esta exclusão, até onde se vê, faz com que: i) o recorte do tipo fique muito mais amplo do que as propostas anteriores; ii) ademais, a exclusão dá ensejo a uma nova eleição de bem jurídico a ser protegido, na forma que adiante será melhor explorada. Por ora, quanto a este último aspecto, cumpre recordar que a exigência da “*violação do dever funcional*” excluída, em certa medida, deixa de observar o

quanto previsto em convenções e normativas de direito internacional³, dando azo a que, em princípio, hipóteses corriqueiras e usuais das relações de mercado sejam alcançadas, o que acaba sendo um complicador a exigir análise.

Isto porque, de um lado, o *mero oferecimento de vantagem ao agente* para que este *proporcione benefício para si* passa a ser crime. Salvo melhor juízo, tal hipótese pode ser indevidamente estendida para os casos de pagamento de comissão pessoal para efetivação de determinados negócios, dentre outras tantos casos, hoje usualmente praticados no mercado, e que passariam a ser criminalizados.

Sobre esta alegação poder-se-ia opor que, ao contrário dos atos corriqueiros do mercado, a hipótese delituosa só restaria configurada quando a vantagem oferecida fosse *indevida*. Quanto a este ponto, porém, é preciso salientar que, do modo como a estrutura típica restou redigida, o recorte de incidência do tipo estará centralizado no conceito da “indevida” vantagem, inserida no tipo legal. Afinal, como já se apontou, a redação deixa de exigir, ainda que como especial fim de agir, *a realização/omissão de ato inerente às funções*.

- Há de se advertir, de toda forma, que o principal problema, como já se anunciou, seria a definição do que aqui, no âmbito privado, possa ser considerado como *vantagem indevida*. Esta previsão, ao espelhar-se no que se encontra previsto para a modalidade de *corrupção de agentes públicos*, *deixa de considerar as peculiaridades das relações mercantis privadas*. Com efeito, enquanto ao agente público resta facilitada a identificação do que seja uma *vantagem indevida*, justamente, por poder ser ela identificada por meio de um critério de exclusão, a mesma facilidade não existe para as pessoas privadas. Afinal, se para um agente público a única vantagem que lhe é devida pelo desempenho de suas funções corresponde aos seus subsídios⁴, realidade distinta vivencia a seara privada.

Com efeito, neste último âmbito, não há como se definir *a priori* qual a parcela de benefícios pode ser considerada “devida”

3 Dada a natureza deste trabalho, considere-se a título ilustrativo o previsto nos artigos 7º e 8º do Convênio Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, de 27 de janeiro de 1999, bem como os artigos 12 e 21 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

4 Afinal, qualquer outra vantagem que lhe for oferecida pelo desempenho de suas funções será indevida.

(fazendo parte de um fluxo negocial) e “indevida”. Assim, por exemplo, embora em alguns casos a análise contratual possa servir de baliza para o que seria *devido* ou não, haverá outras hipóteses em que tal instrumento não estará disponível, como, v.g., justamente nas negociações preliminares de um contrato.

Daí, enfim, a possível conclusão de que também esta proposta poderá causar interferência indevida nas *relações empresariais*, sendo um complicador inclusive no tocante ao próprio sucesso do processo legislativo que venha a ser deflagrado.

- Uma palavra final ainda pode ser dita a respeito da *pena*. De fato, na Ação n. 6/2011 da ENCCLA, ao que parece, pretendeu-se equiparar o desvalor de ação de resultado à corrupção de agentes públicos, o qual prevê a mesma reprovação. Daí a previsão de uma pena de 2 a 12 anos, e multa.

2. O tema de fundo e o Projeto da parceria FGV e Transparência Internacional

Chegado a este ponto, já é possível identificar que a principal problemática que envolve o tema diz respeito ao *recorte de alcance pretendido pelo tipo*.

Bem se sabe que uma tal delimitação pode ser efetuada por meio da previsão de exigências na própria *estrutura do tipo objetivo*, mas também a partir de uma clara *definição do bem jurídico a ser protegido*.

Neste particular, o projeto elaborado em conjunto pela Escola de Direito da FGV/RJ e pela Transparência Internacional parece haver abordado estas dificuldades propondo a seguinte redação a título de tipificação da conduta em comento:

Art. 1º Constitui crime de corrupção privada exigir, solicitar, ou receber **vantagem indevida**, como sócio, dirigente, administrador, empregado ou representante de pessoa jurídica de direito privado, **para beneficiar a si ou a terceiro**, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de tal vantagem, **a fim de realizar ou omitir ato em violação dos seus deveres funcionais**.

Pena - reclusão, **de 02 (dois) a 06 (seis) anos, e multa**.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem oferece, promete ou entrega, direta ou indiretamente, vantagem indevida a dirigente, administrador, empregado ou representante de pessoa jurídica de direito privado, a fim de realizar ou omitir ato em violação dos deveres funcionais.⁵

De início, identifica-se que, além de não incidir nas mesmas problemáticas das propostas redacionais anteriores, tal redação tem o diferencial de adicionar um novo elemento de *recorte do tipo objetivo*. Com efeito, a configuração típica desta redação exige:

- (a) uma solicitação de vantagem indevida;
- (b) que esta solicitação seja para benefício de si ou de terceiro; e
- (c) que esta solicitação objetive, também, a futura realização ou omissão de um ato em violação dos seus deveres funcionais.

A exigência de *violação de deveres funcionais*, tal qual já referido, encontra-se prevista nos principais instrumentos internacionais que regulamentam a corrupção privada, *v.g.*, Convenção de Mérida e Ação Comum 98/742/JAI, do Conselho da União Europeia. Trata-se, ademais, de importante recorte que tem o condão de *excluir da incidência típica as ações usuais de mercado*, tal como acima anotado.

Ao exigir que haja “*violação do dever funcional*”, o centro axiológico do tipo que antes estava contido na expressão “*vantagem indevida*” migra para a definição dos *deveres funcionais*, dando contornos mais objetivos ao delito, o que inevitavelmente figura como objetivo.

De acordo com a técnica legislativa aqui empregada, a modalidade ativa vai descrita no parágrafo único, ao passo que a pena (02 a 06 anos), embora não seja tão baixa a ponto de ser alcançada por institutos despenalizadores, também não figura tão elevada a ponto de ser equiparada com o desvalor da corrupção de agentes públicos.

Nada obstante, ainda que tal redação constitua importante passo no sentido da delimitação da incidência da incriminação, há que se

⁵ Redação semelhante é encontrada no substitutivo do Projeto de Lei nº 3.163/2015: “Art. 2º Exigir, solicitar ou receber vantagem indevida, como funcionário ou proprietário de empresa ou instituição privada, para beneficiar a si ou a terceiro, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de tal vantagem, a fim de realizar ou omitir ato relativo às suas atribuições funcionais. Pena - reclusão, de 02 (dois) a 06 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem oferece, promete, entrega, direta ou indiretamente, vantagem indevida ao funcionário ou proprietário de empresa ou instituição privada.”

analisar o *bem jurídico* aqui definido, querendo crer tratar-se de importante processo para definir de forma clara a efetiva pretensão da tipificação penal que se busca.

3. O bem jurídico a ser protegido

Pois bem, de acordo com a justificativa da última proposta comentada, os atos de corrupção privada *extrapolariam os limites do patrimônio privado*, podendo gerar efeitos mais amplos e *ofender a lealdade da concorrência*. Embora a justificativa seja de fácil compreensão, longe está ela de apresentar-se como isenta de problemas. Explica-se.

É que a definição da *lealdade da concorrência* como bem jurídico protegido pela norma penal, a par das dificuldades já apontadas pela doutrina estrangeira⁶, deixará de estar presente em *inúmeros atos de corrupção privada que, certamente, não terão o condão de afetar o mercado de maneira relevante*.

Tal fator pode ser até mesmo desejável, na medida em que se entenda que o Direito penal, enquanto instrumento subsidiário de repressão, deverá atuar somente nos ataques mais graves aos bens jurídicos mais essenciais⁷. Contudo, há que se ter em mente, que a própria indefinição semântica da *“lealdade de concorrência”* poderá ter o condão de relegar este tipo penal à inaplicabilidade em inúmeros casos em que as consequências da conduta espúria não cheguem a atingir o mercado “de forma relevante”. Haveria, enfim, um imenso espectro de situações que restariam fora do alcance do tipo penal.⁸

A outra leitura possível seria a definição do bem jurídico como sendo o próprio *patrimônio privado*. Nesse caso, porém, vários questionamentos seriam possíveis.

6 A título meramente ilustrativo, referimo-nos aqui ao trabalho introdutório de NIETO MARTÍN, Adan (2002): «La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», Revista penal, 10, pp. 55-69; bem como ao estudo monográfico de GILI PASCUAL, Antoni (2017): *El delito de corrupción en el sector privado*, Madrid, Marcial Pons.

7 Por todos, confira-se MUÑOZ CONDE, Francisco (2001): *Introducción al Derecho penal*, 2ª. Montevideo - Buenos Aires, Editorial B de F.

8 Nesse sentido, Adán Nieto Martín aponta que na lógica político criminal espanhola “[...] los actos de competencia desleal sólo van a ser objeto de sanción penal em cuanto que lesionan intereses patrimoniales concretos de otros competidores o afectan a los consumidores. Dicho de otro modo, la simple eficiencia del mercado o a las reglas de buena fe que deben presidir las relaciones comerciales no alcanzan el suficiente grado de importancia para ser bienes jurídico penales (Cf. NIETO MARTÍN, A. *La corrupción en el sector privado*..).

O primeiro deles é o de que a *mera solicitação de vantagem* parece não oferecer risco relevante ao bem jurídico, de modo a permitir desde logo a punição pelo crime consumado. Isto é, independentemente de se entender que se trata de um crime de dano, ou de perigo, *ao bem jurídico patrimônio* a mera solicitação de vantagem indevida a fim de prejudicar determinado patrimônio pode não ser considerada suficiente para lesá-lo ou pô-lo em perigo relevante. Mesmo porque em determinados casos não será possível aferir se a negociação tal como encetada, ainda que com exigência de vantagem indevida, teve ou não o condão de gerar efetivo prejuízo ao patrimônio alheio.

Na corrupção “pública” bem se sabe que a *mera solicitação* é por si só suficiente para fins de incidência criminosa, já que o bem jurídico ali protegido é a *probidade administrativa* que, desde logo, estará suficientemente afligida em tais casos, dando sustentação para a punição na modalidade consumada. No caso da corrupção privada, no entanto, o mesmo não ocorre. Ou seja, o ato de solicitação de vantagem, aqui, ainda figura como *um momento bastante apartado da efetiva afetação do patrimônio*, que somente se consumará com *a verificação do prejuízo*, após a solicitação e após a realização/omissão de um ato em violação ao dever funcional.

Até onde se vê, a única forma de que fosse possível replicar este mesmo raciocínio no âmbito da corrupção privada seria *vincular o tipo a um bem jurídico consistente num dever ético de atuação nas relações negociais*, o que porém poderá gerar dúvidas que vão desde a legitimidade constitucional de utilização do Direito penal para tutela deste tipo de violação, até a violação do próprio princípio da legalidade, sob a vertente de *lex certa*. Afinal, neste caso, o bem jurídico escolhido não estaria indicando um recorte definido do âmbito de incidência do tipo.

4. Síntese conclusiva

Todas as redações propostas – e aqui analisadas – possuem *pontos de questionamentos*, exigindo uma cautela diferenciada em relação à opção político-criminal que se pretenda adotar. Estes *pontos* envolverão a análise relacionada:

- à técnica legislativa a ser empregada na redação dos tipos, que ora os deixa mais claros, ora mais tendentes a interpretações dúbias;
- à definição axiológica do que seria, no contexto das relações privadas, uma *vantagem indevida*;
- à conveniência ou não de se vincular a realização do tipo a uma *violação de dever funcional* e, caso se entenda pela sua pertinência, avaliar igualmente a conveniência de se combinar esta exigência com um eventual utilização de previsões afetas ao sistema de controle administrativo de *compliance*;
- à conveniência, do ponto de vista da técnica legislativa, de se exigir na estrutura do tipo dois especiais fins de agir, a saber, “*a obtenção de vantagem para si ou para terceiro*” e “*a prática do ato em violação ao dever de ofício*”;
- e, finalmente, à definição da pena proporcional a ser prevista como preceito secundário.

Cientes da importância político-criminal da tipificação pretendida, bem como de estar-se diante de uma pretensão que, no passado, enfrentou dificuldades para sua aprovação é que faz o presente encaminhamento.

CURITIBA, 13 DE ABRIL DE 2018

**EQUIPE DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**